

160. De waarde van een vakantiedag: een overzicht

MR. M. HURKS

In dit overzichtsartikel wordt ingegaan op de vraag: wat is de waarde van een vakantiedag? Aan de hand van de Europese en Nederlandse rechtspraak wordt een toelichting gegeven op de verschillende beloningscomponenten van werknemers die mogelijk onderdeel zijn van de waarde van een vakantiedag. Hierover bestaat in de praktijk veel onduidelijkheid hetgeen tot een aanzienlijk aantal procedures over het onderwerp leidt. Uitgangspunt is dat de werknemer gedurende een vakantie in een economisch gelijke positie gebracht moet worden als tijdens gewerkte periodes. Maar wat betekent dit precies? De rechtspraak toont aan dat werkgevers meer moeten betalen dan zij doorgaan zullen doen tijdens een vakantie van de werknemer.

1. Inleiding

De waarde van een vakantiedag is op twee momenten van cruciaal belang gedurende het dienstverband van een werknemer: 1) tijdens een periode waarin vakantie wordt genomen; en 2) bij uitbetaling van openstaande vakantiedagen, al dan niet bij het einde van het dienstverband. Uitgangspunt is dat een werknemer tijdens zijn vakantie niet in een nadeliger economische positie mag komen te verkeren in vergelijking met gewerkte dagen. In sectoren waarin diverse persoonlijke toeslagen niet doorbetaald worden gedurende vakantie, kan dit tot een aanzienlijk verschil in salaris leiden. Behoren deze toeslagen tot het vakantieloon? Een werknemer die zijn inkomen met name haalt uit provisies of verkoopbonussen zal ook een (uitgesteld) lager inkomen genieten tijdens zijn vakantie. Behoren deze componenten dan tot het vakantieloon?

Uitgangspunt is dat een werknemer tijdens zijn vakantie niet in een nadeliger economische positie mag komen te verkeren in vergelijking met gewerkte dagen

Maakt het nog een verschil of de vakantiedagen uitbetaald worden, bijvoorbeeld bij het einde van het dienstverband? Maken een bonus, dertiende maand, leaseauto en werkgeversdeel pensioenpremie onderdeel uit van de waarde van een vakantiedag? Dit zijn allemaal voorbeelden van beloningscomponenten die een bepaalde waarde vertegenwoordigen voor werknemers en mogelijk tot het vakantieloon

behoren. En mag er onderscheid gemaakt worden tussen wettelijke en bovenwettelijke vakantiedagen? Hoe zit het precies met andersoortige verlofuren, zoals atv- of 'levensfasebudget'-uren, die je geregeld in cao's tegenkomt?

In deze bijdrage wordt een antwoord gegeven op deze vragen aan de hand van de geschiedenis van vakantiedagen in Europese wetgeving en jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: Hof van Justitie) (par. 2), alsmede een analyse van de Nederlandse wetgeving en jurisprudentie over het vakantieloon (par. 3). In de conclusie (par. 4) wordt een antwoord gegeven op de hoofdvraag van deze bijdrage: wat is de waarde van een vakantiedag?

2. Europese geschiedenis van vakantiedagen in vogelvlucht

*'Het recht op jaarlijkse vakantie met behoud van loon van elke werknemer [wordt, auteur] beschouwd als een bijzonder belangrijk beginsel van communautair sociaal recht, waarvan niet mag worden afgeweken en waaraan de bevoegde nationale autoriteiten slechts uitvoering mogen geven binnen de uitdrukkelijk in richtlijn 93/104 zelf opgesomde grenzen.'*¹

Deze overweging van het Hof van Justitie maakt direct het belang van het recht van werknemers op vakantie met behoud van loon duidelijk, zoals ook is vastgelegd in artikel 7 Richtlijn 2003/88/EG (hierna: Arbeidstijdenrichtlijn). Het is een *bijzonder* belangrijk beginsel van communautair recht waarvan niet afgeweken mag worden. Wat precies onder het loonbegrip uit artikel 7 moet worden verstaan

¹ HvJ EU 26 juni 2001, C-173/99, ECLI:EU:C:2001:356, r.o. 43.

blijkt niet uit dit artikel zelf, maar is een vraag waarover het Hof van Justitie zich meerdere keren heeft moeten buigen.² Het arrest *Robinson/Steele*³ van het Hof van Justitie maakt duidelijk dat een werknemer gedurende vakantie recht heeft op zijn normale loon. Het vakantieloon heeft tot doel de werknemer tijdens een vakantie in een situatie te brengen die qua beloning gelijk is aan de situatie tijdens een gewerkte periode. Deze overweging komt ook terug in het arrest *Schulz/Hoff*.⁴ Het Hof van Justitie verduidelijkt in dit arrest dat de waarde van een vakantiedag te allen tijde gelijk is.

In het arrest *Williams/British Airways*⁵ borduurt het Hof van Justitie voort op de vraag welke beloningsbestanddelen behoren tot het vakantieloon. Naast het basisloon zijn dat alle componenten die intrinsiek samenhangen met de werkzaamheden van de werknemer en waarvoor hij een financiële compensatie ontvangt. Slechts occasionele⁶ en bijkomende kosten die de werknemer maakt bij de uitvoering van zijn taken behoren niet tot het vakantieloon. Het is uiteindelijk aan de nationale rechter om te beoordelen of een intrinsiek verband bestaat, op basis van een gemiddelde over een representatief geachte periode. Toeslagen die verband houden met de persoonlijke en professionele status van de werknemer behoren ook tot het vakantieloon. De beloning voor de tijd die de piloten van British Airways vliegend doorbrengen is daarmee onderdeel van de waarde van een vakantiedag.

Voor de berekening van het vakantieloon maakt het geen verschil of het gaat om een periode van vakantie tijdens het dienstverband of bij uitbetaling van vakantiedagen

In het arrest *Lock/British Gas* uit 2014 bevestigt het Hof van Justitie de vaste lijn dat de werknemer recht heeft op zijn gebruikelijk loon tijdens vakantie. Ook provisies behoren tot het vakantieloon, aldus het Hof van Justitie. Een werknemer met deels variabel loon, afhankelijk van behaalde resultaten in een bepaalde periode, zal mogelijk uitgesteld nadeel ondervinden door het opnemen van vakantie. De werknemer zal tijdens een vakantie geen werkzaamheden kunnen verrichten om het variabele inkomen te genereren. Dit zal vermoedelijk tot financieel nadeel

na afloop van de vakantie leiden en kan de werknemer aldus weerhouden van het opnemen van vakantie. Het Hof van Justitie oordeelt in dit arrest dat een werknemer geen uitgesteld nadeel mag ondervinden van het opnemen van vakantie, zodat ook hiermee rekening gehouden zal moeten worden in de berekening van het vakantieloon.⁷

2.1 Hoofddregels uit jurisprudentie van het Hof van Justitie

Uit deze jurisprudentie volgen enkele belangrijke regels. Een werknemer dient tijdens een vakantie loon te ontvangen dat vergelijkbaar is met gewerkte periodes en mag geen (uitgesteld) financieel nadeel ondervinden van het opnemen van vakantie. Voor de berekening van het vakantieloon maakt het verder geen verschil of het gaat om een periode van vakantie tijdens het dienstverband of bij uitbetaling van vakantiedagen. Tot het gebruikelijke loon behoort: vast salaris en alle looncomponenten die intrinsiek samenhangen met de taken en vergoedingen die de werknemer ontvangt uit hoofde van zijn professionele en persoonlijke status. Slechts zuivere kostenvergoedingen vallen niet onder het vakantieloon. Uiteindelijk is het aan de nationale rechter om te bepalen of een bepaalde looncomponent al dan niet tot het vakantieloon behoort.

3. Looncomponenten vakantieloon in Nederlandse wetgeving en rechtspraak

In Nederland is de Arbeidstijdenrichtlijn omgezet in (onder andere) de vakantiewetgeving van artikel 7:634-7:645 Burgerlijk Wetboek (BW). Voor deze bijdrage is relevant dat de werknemer gedurende zijn vakantie recht op loon behoudt (artikel 7:639 BW) en bij het einde van zijn dienstverband recht heeft op loon voor opgebouwde, maar niet genoten vakantiedagen (artikel 7:641 BW).

De bepalingen in de Arbeidstijdenrichtlijn beperken zich tot de minimumaanspraak van vier weken per jaar. De Nederlandse vakantiewetgeving maakt voor de waarde van een vakantiedag echter geen onderscheid tussen wettelijke en bovenwettelijke vakantiedagen. Hiermee wijkt de Nederlandse wetgeving ten voordele van de werknemer af van de richtlijn. Alle vakantiedagen dienen op eenzelfde manier gewaardeerd te worden, zoals in deze bijdrage wordt toegelicht.

Loon is de vergoeding die verschuldigd is door de werkgever voor de bedongen arbeid door de werknemer.⁸ Voor wat betreft het vakantieloon wordt uitgegaan van een ruim loonbegrip; het betreft het gehele tussen werkgever en werknemer overeengekomen loon.⁹ De nadere invulling van de vraag welke beloningscomponenten tot het vakantieloon behoren, is in de lagere rechtspraak tot stand geko-

2 Zie voor een toelichting op de doorwerking van Europees recht en de jurisprudentie van het Hof van Justitie: A.S. Hartkamp, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 3. Vermogensrecht algemeen. Deel I. Europees recht en Nederlands vermogensrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015.

3 HvJ EG 16 maart 2006, 131/04, ECLI:EU:C:2006:177 (*Robinson/Steele*).

4 HvJ EG 20 januari 2009, C-350/06, ECLI:EU:C:2009:18 (*Schulz/Hoff*).

5 HvJ EU 15 september 2011, C-155/10, ECLI:EU:C:2011:588 (*Williams/British Airways*).

6 Zie HvJ EU 15 september 2011, C-155/10, ECLI:EU:C:2011:588, r.o. 25 (*Williams/British Airways*). Occasionele kosten is de Nederlandse vertaling van 'occasional costs' en wordt vertaald als 'incidentele kosten'.

7 HvJ EU 22 mei 2014, C-539/12, «JAR» 2014/163, m.nt. A. van Zanten-Baris (*Lock/British Gas*). In haar annotatie gaat Van Zanten-Baris ook uitgebreid in op het begrip 'uitgesteld nadeel'.

8 HR 18 december 1953, NJ 1954/242 en HR 12 oktober 2001, ECLI:NL:HR:2001:ZC3681.

9 HR 26 januari 1990, NJ 1990/499. Zie voor een verdere bespreking van het loonbegrip in de zin van titel 10 van boek 7 BW: J.M. van Slooten, *Arbeid en loon*, Deventer: Kluwer 1999, p. 69-138.

men. De belangrijkste jurisprudentie wordt in deze paragraaf besproken.

3.1 Vakantietoelage, vaste eindejaarsuitkering en dertiende maand

Vakantietoelage en een vaste dertiende maand behoren tot de waarde van een vakantiedag.¹⁰ Ook een vaste eindejaarsuitkering van vier procent maakt onderdeel uit van het vakantieloon van werknemers van Stichting Thuiszorg Helpende Hand.¹¹

Vaste beloningsbestanddelen als de vakantietoelage, een vaste dertiende maand en/of een vaste eindejaarsuitkering behoren daarmee tot de waarde van een vakantiedag.

3.2 Onregelmatigheids-, avond-, nacht-, weekendtoelage (en hondentoeslag)

In de rechtspraak bestaat inmiddels consensus dat een onregelmatigheidstoelage (hierna: ORT) en avond-, nacht- en weekendtoelage (hierna: ANWT)¹² behoren tot het vakantieloon. Uit de onderzochte jurisprudentie blijkt eenduidig dat de werkzaamheden waarvoor de ORT/ANWT wordt toegekend een last vormt die intrinsiek samenhangt met de uitvoering van de taken van de werknemers.¹³ Hetzelfde geldt voor een ploegentoeslag¹⁴ en de structurele operationele toelage, consignatietoelage en overwerkvergoeding voor politieambtenaren.¹⁵

In diverse onderzochte uitspraken verwerpen werkgevers zich met de stelling dat in de (algemeen verbindend verklaarde) cao bepaald is dat de verschillende toeslagen geen onderdeel vormen van het vakantieloon, zo ook in de cao Huisartsenzorg. Het Gerechtshof 's-Hertogenbosch concludeert dat een cao-bepaling dwingendrechtelijke vakantiewetgeving niet opzij kan zetten en stelt de werknemers in het gelijk.¹⁶ Het is daarbij niet van belang of de werknemer kan aantonen dat hij daadwerkelijk gewerkt zou hebben op de

dagen waarop vakantie genoten wordt.¹⁷ Een ander regelmatig terugkerend argument van werkgevers is de precedentwerking die tot hoge vorderingen zou leiden. Uit de jurisprudentie blijkt dat de rechters niet gevoelig zijn voor dit argument.¹⁸

Een ondertekende vaststellingsovereenkomst, waarin finale kwijting is overeengekomen, kan wel roet in het eten gooien voor een werknemer. Een werknemer vordert nabetaling ORT over genoten vakantiedagen gedurende de laatste jaren van zijn dienstverband. De Rechtbank Den Haag stelt de werkgever in het gelijk, met een beroep op de bepaling over finale kwijting. Partijen hebben onderhandeld over de ORT voor de laatste maanden van het dienstverband, er is geen voorbehoud gemaakt door de werknemer en de werknemer is bijgestaan door een juridisch adviseur tijdens de onderhandelingen over de vaststellingsovereenkomst.¹⁹

Ten slotte mag in deze categorie niet onvermeld blijven de – aan het ambtenarenrecht ontleende – uitspraak van de Rechtbank Rotterdam, waarin een hondengeleider van de politie maandelijks € 256,75 ontvangt als compensatie voor de permanente verantwoordelijkheid voor zijn diensthond. Onmiskenbaar is sprake is van een vergoeding voor een last die intrinsiek samenhangt met zijn werkzaamheden, aldus de rechtbank. De hondengeleider is immers permanent, dus ook in privé-tijd, verantwoordelijk voor de diensthond. De compensatie behoort dan ook tot het vakantieloon van de politieagent.²⁰

3.3 Verschil in waarde van een wettelijke of bovenwettelijke vakantiedag?

Een ander terugkerend onderwerp in procedures over ORT/ANWT is de vraag of een werkgever een lagere waarde toe mag kennen aan een bovenwettelijke vakantiedag. De rechtspraak laat inmiddels een eenduidig beeld zien dat artikel 7:639 BW geen ruimte laat voor afwijkende afspraken ten nadele van de werknemer.²¹ Zowel wettelijke als bovenwettelijke vakantiedagen dienen gelijk beloond te worden. Vreemde eenden in de bijt zijn hierbij de Rechtbank Midden-Nederland²² en de Rechtbank Overijssel.²³ Beide kantonrechters kwamen tot het oordeel dat een richtlijnconforme uitleg van artikel 7 Arbeidstijdenrichtlijn beperkt is tot de minimumvakantieomvang van vier weken. Voor bovenwettelijke vakantiedagen zou het mogelijk zijn

10 Ktr. Rotterdam 16 december 1992, «JAR» 1993/24.

11 Hof 's-Hertogenbosch 11 augustus 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:3181.

12 In het vervolg van deze bijdrage wordt er geen onderscheid gemaakt tussen beide toeslagen en worden ze aangeduid als ORT/ANWT.

13 Zie o.m.: Hof 's-Hertogenbosch 14 maart 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:1003; Hof 's-Hertogenbosch 20 maart 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:1175; Hof Den Haag 13 september 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:2587; Rb. Den Haag 2 juni 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:6327; Rb. Zeeland-West-Brabant 7 juni 2017, ECLI:NL:RBZWB:2017:3428; Rb. Den Haag 3 juni 2015, «JAR» 2015/175; Rb. Den Haag 28 april 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:6928; Rb. Midden-Nederland 5 november 2011, ECLI:NL:RBMNE:2015:7916; Rb. Overijssel 8 november 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:4302.

14 Hof 's-Hertogenbosch 3 mei 2011, ECLI:NL:GHSHE:2011:BQ4133.

15 CrvB 29 mei 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:1820.

16 Hof 's-Hertogenbosch 14 maart 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:1003. Zie in dezelfde zin: Hof 's-Hertogenbosch 20 maart 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:1175.

17 Rb. Overijssel 18 oktober 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:5322 en Hof 's-Hertogenbosch 20 maart 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:1175. Zie anders H.J. Funke in zijn annotatie bij de uitspraak van Rb. Den Haag 3 juni 2015, «JAR» 2015/175 en Rb. Den Haag 29 maart 2007, ECLI:NL:RBSGR:2007:BA6430, waarin werd bepaald dat een werknemer van Albert Heijn alleen aanspraak kon maken op een inconveniententoeslag als onderdeel van zijn vakantieloon voor zover hij vakantie opnam op een zaterdag waarop hij verplicht zou zijn geweest om te werken.

18 Zie o.m.: Hof 's-Hertogenbosch 20 maart 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:1175; Rb. Den Haag 2 juni 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:6327 en Rb. Zeeland-West-Brabant 7 juni 2017, ECLI:NL:RBZWB:2017:3428.

19 Rb. Den Haag 10 augustus 2017, AR 2017-1022.

20 Rb. Rotterdam 8 juni 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:4311.

21 Zie rechtspraak bij noot 15.

22 Rb. Midden-Nederland 5 november 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:7916.

23 Rb. Overijssel 8 november 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:4302.

om afwijkende afspraken te maken, aldus beide kantonrechters. Een onjuiste conclusie mijns inziens omdat artikel 7:639 BW van dwingend recht is (artikel 7:645 BW), waar niet ten nadele van de werknemer van afgeweken kan worden. Een werkgever mag dus geen onderscheid maken tussen wettelijke en bovenwettelijke vakantiedagen voor wat betreft de waarde daarvan.²⁴

Wettelijke en bovenwettelijke vakantiedagen dienen gelijk beloond te worden. Artikel 7:639 BW laat geen ruimte voor afwijkende afspraken ten nadele van de werknemer

Al met al is inmiddels duidelijk dat ORT/ANWT, alsmede overige persoonlijke toeslagen die intrinsiek samenhangen met de werkzaamheden van de werknemer, onderdeel zijn van de waarde van een vakantiedag. Indien een werknemer een vast bedrag aan ORT/ANWT per maand ontvangt, dan zal dit bedrag doorbetaald moeten worden tijdens vakantie. Wordt de werknemer per dienst 'beloond', dan zal een gemiddelde over een representatieve periode genomen moeten worden. Zie hierover meer in paragraaf 3.7 Refer-teperiode.

3.4 Bonus, job bonus, short term incentive en winstdeling

Een bonus, *job bonus*, *short term incentive* en winstdeling behoren tot de waarde van een vakantiedag, zo blijkt uit diverse uitspraken. Een bonus die afhankelijk is van zowel de individuele als de teamprestatie behoort tot het vakantieloon, zo oordeelde de kantonrechter te Amsterdam.²⁵ Ook een winstdeling die sinds jaar en dag wordt uitgekeerd, maakt onderdeel uit van het vakantieloon. Uit de begeleidende brieven bij de toekenning van de winstdeling blijkt duidelijk dat de behaalde winst mede dankzij de inspanningen van de werknemer tot stand is gekomen. Daarmee behoort de winstdeling tot het regulier loon en dus tot het vakantieloon, aldus de Rechtbank Noord-Nederland.²⁶ Een '*job bonus*' behoort ook tot de waarde van een vakantiedag. De benaming is enigszins misleidend. De *job bonus* is een vergoeding voor gewerkte dagen op boorplatforms of op andere dagen zoals wisseldagen, *stand-by*-situaties en cursusdagen. De hoogte varieert van € 120 tot € 400 per dag. Toekenning en/of hoogte van de *job bonus* is daarmee niet afhankelijk van prestaties, behalen van doelstellingen of de winst in het boekjaar. Enkel het feitelijk verrichten van werkzaamheden en andere daaraan gelieerde activiteiten leidt tot een aanspraak op de *job bonus* voor de werknemer. Er is onmiskenbaar sprake van loon en daarmee

behoort de *job bonus* tot het vakantieloon van de werknemers, aldus de Rechtbank Noord-Holland.²⁷

Een '*short term incentive*' behoort tot het vakantieloon van een werknemer, aldus het Gerechtshof 's-Hertogenbosch. Deze *short term incentive* wordt vastgesteld op basis van zestig procent *key performance indicators*, dertig procent totaalresultaat van de vennootschap en tien procent persoonlijke doelstellingen. De indicatoren en persoonlijke doelstellingen worden ieder jaar opnieuw vastgesteld. Na afloop van enig jaar wordt bepaald in hoeverre de *targets* en persoonlijke doelstellingen zijn behaald. In combinatie met de bedrijfsresultaten wordt vervolgens bepaald hoe hoog de variabele beloning is voor de werknemer. De definitieve vaststelling van de hoogte van de beloning was echter voorbehouden aan de werkgever en bleef onduidelijk voor de werknemer. Deze omstandigheden maken volgens het hof dat de variabele beloning gezien kan worden als loonbestandsdeel voor de werknemer. Omdat voorts vast kwam te staan dat de werknemer ook recht had gehad op de beloning op het moment dat hij met vakantie zou zijn gegaan, concludeerde het hof dat de variabele beloning onderdeel is van het vakantieloon.²⁸

Uit deze rechtspraak blijkt dat een bonus die afhankelijk is van de prestaties van de werknemer, individueel en/of in teamverband, behoort tot de waarde van een vakantiedag. De bonus vormt in dat geval een beloning voor de last die intrinsiek samenhangt met de verrichte werkzaamheden.²⁹ Een bonus die afhankelijk is van het ondernemingsresultaat, zoals een winstdeling, behoort tot het vakantieloon indien de werknemer de winstdeling ook ontvangt over periodes waarin hij werkzaamheden verricht. De werknemer mag immers niet in een nadeliger positie komen te verkeren gedurende zijn vakantie als tijdens gewerkte dagen.³⁰ De lijn in de jurisprudentie is dat een bonus, in de ruimste zin van het woord, meegenomen moet worden in de waarde van een vakantiedag. Bij een wisselende omvang van de bonus kan de refer-teperiode van belang zijn, zie hierover meer in paragraaf 3.7.

3.5 Werkgeversdeel pensioenpremie

Dat het werkgeversdeel pensioenpremie tot het vakantieloon behoort lijkt inmiddels een uitgemaakte zaak te zijn in de rechtspraak.³¹ Uit de onderzochte jurisprudentie blijkt dat de vraag of dit beloningsbestanddeel onderdeel

24 Zie in dezelfde zin A.R. Houweling in zijn annotatie bij Hof Den Haag 13 september 2016, AR 2016-1031.

25 Ktr. Amsterdam 29 juni 2012, «JAR» 2012/195.

26 Rb. Noord-Nederland 28 februari 2017, AR 2017-0235.

27 Rb. Noord-Holland 13 oktober 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:9871.

28 Hof 's-Hertogenbosch 7 december 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:5419.

29 Zie ook S.S.M. Peters, *Arbeidsovereenkomst*, art. 7:639 BW, aant. 1.2.2 (losbl.).

30 Zie in dezelfde zin A.M. Merks, 'De reikwijdte over het loonbegrip over vakantiedagen', *Arbeidsrecht* 2015/38. Volgens Van Zanten-Baris lijkt het vooral te gaan om de vraag of een bepaalde looncomponent al dan niet kan worden aangemerkt als een vaste looncomponent, dit in tegenstelling tot een incidentele looncomponent, zie haar annotatie bij HvJ EU 22 mei 2014, «JAR» 2014/163.

31 Hof Den Haag 28 januari 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:72; Rb. Midden-Nederland 3 juni 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:5365; CrvB 22 november 2017, «JAR» 2018/70 en Rb. Noord-Nederland 28 februari 2017, AR 2017-0235. Zie anders: Rb. Midden-Nederland 25 april 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:1888.

uitmaakt van het vakantieloon, doorgaans aan de orde komt bij de uitbetaling van openstaande vakantiedagen. De Rechtbank Noord-Nederland oordeelde: ‘De werkgeverspremie heeft – hoewel deze geen loon in de letterlijke betekenis is – een bepaalde waarde en is daarom ook een onderdeel van het ruime loonbegrip dat de Hoge Raad hanteert en daarmee van de waarde van niet-opgenomen vakantiedagen’.³² De spagaat waarin de rechter kan komen, komt goed naar voren in deze overweging. Het werkgeversdeel pensioenpremie wordt doorgaans niet beschouwd als loon in de zin van het civielrechtelijk loonbegrip.³³ Tevens maakt het werkgeversdeel pensioenpremie bijvoorbeeld geen onderdeel uit van het loonbegrip voor de berekening van de aanzegvergoeding en transitievergoeding.³⁴ Het werkgeversdeel pensioenpremie lijkt ook geen beloningscomponent te zijn die intrinsiek samenhangt met de werkzaamheden waarvoor de werknemer een financiële compensatie ontvangt. Deze argumenten zouden eerder tot de conclusie leiden dat het werkgeversdeel pensioenpremie geen onderdeel is van het vakantieloon. Een werkgever draagt daarentegen het werkgeversdeel pensioenpremie af gedurende vakantie. Omdat een werknemer in een gelijke economische positie moet worden gebracht tijdens zijn vakantie als tijdens gewerkte dagen én het geen verschil maakt of uitbetaling van vakantiedagen bij het einde van het dienstverband of gedurende het dienstverband plaatsvindt, zou het werkgeversdeel pensioenpremie echter wel tot het vakantieloon moeten behoren. Het is aan de rechter om een keuze te maken.

De noot van Helstone bij de uitspraak van de Centrale Raad van Beroep van 22 november 2017 biedt verduidelijking.³⁵ Zij overweegt allereerst dat ‘strikt genomen, niet voor de hand [ligt] om het werkgeversdeel pensioenpremie ook mee te wegen’. Zij vervolgt haar noot met de stelling dat de vraag of er een intrinsiek verband bestaat tussen de verrichte werkzaamheden en het beloningsbestanddeel, slechts een onderdeel is van de uiteindelijke toets die de rechter aan zal moeten leggen voor de vraag of een beloningsbestanddeel onderdeel uitmaakt van het vakantieloon. Doorslaggevend zal zijn dat de werknemer in een financieel gelijke positie gebracht moet worden gedurende zijn vakantie als tijdens gewerkte periodes, aldus Helstone. Bij deze conclusie sluit ik mij aan. Als een werknemer met vakantie gaat, is de werkgever gehouden het werkgeversdeel pensioenpremie te blijven afdragen.

Het werkgeversdeel pensioenpremie maakt dan ook onderdeel uit van de waarde van een vakantiedag.

3.6 Welke beloningsbestanddelen maken geen onderdeel uit van de waarde van een vakantiedag?

Het Hof van Justitie oordeelde in *Williams/British Airways* dat niet tot het vakantieloon behoren de *componenten van het globale loon van de werknemer die alleen strekken tot vergoeding van occasionele of bijkomende kosten*. Hoe pakt dit uit in de Nederlandse rechtspraak?

Een reiskosten- of onkostenvergoeding behoort mijn inziens niet tot de waarde van een vakantiedag. De werknemer maakt gedurende zijn vakantie geen kosten in de uitvoering van zijn taken waarvoor hij de vergoedingen ontvangt en de kosten behoren niet tot de persoonlijke en professionele status van de werknemer.³⁶

Een leaseauto waarover de werknemer ook in privé kan beschikken behoort niet tot het vakantieloon.³⁷ De werknemer wist het hof niet te overtuigen van zijn standpunt dat de auto hem als tegenprestatie voor verrichte werkzaamheden ter beschikking is gesteld. Het recht op privégebruik van de werknemer was voor het hof niet van belang. Ik betwijfel of het hof niet te kort door de bocht gaat in zijn arrest. Het belangrijke gezichtspunt dat een werknemer geen financieel nadeel mag ondervinden gedurende opgenomen vakantiedagen laat het hof volledig buiten beschouwing. Een werknemer houdt het recht op gebruik van de leaseauto immers tijdens een vakantie. Zeker in het geval een werknemer de leaseauto ook privé mag rijden en een werknemer bijvoorbeeld over een tankpas beschikt, zou dit mijns inziens tot een andere conclusie kunnen leiden. De leaseauto vertegenwoordigt in dat geval een zekere financiële waarde en bij de uitbetaling van openstaande vakantiedagen zou deze waarde onderdeel moeten zijn van de waarde van een vakantiedag. Ten slotte is het de vraag of de auto beschouwd kan worden als *occasionele of bijkomende kosten*. Ik zou menen van niet. Een autovergoeding maakt overigens wel onderdeel uit van het vakantieloon, aldus de Kantonrechter Utrecht.³⁸

Een *incidentele* overwerkvergoeding en verschuivingsvergoeding³⁹ voor politieambtenaren behoort niet tot het vakantieloon. Beide vergoedingen kwalificeren als een vergoeding voor een intrinsieke last die samenhangt met de uitoefening van de functie. Een zekere mate van bestendigheid in de betaling van beide vergoedingen ontbrak echter.⁴⁰

3.7 Referteperiode

De referteperiode voor de berekening van de waarde van een bepaalde beloningscomponent komt in de rechtspraak met name aan de orde wanneer een bonus(variant) inzet is van de procedure. In de uitspraak van de Rechtbank

32 Rb. Noord-Nederland 28 februari 2017, AR 2017-0235.

33 Zie: J.M. van Slooten, *Arbeid en loon*, Deventer: Kluwer 1999, hoofdstuk 3.3.

34 Besluit loonbegrip vergoeding aanzegtermijn en transitievergoeding, *Stb.* 2014, 538.

35 CRvB 22 november 2017, «JAR» 2018/70, m.nt. Helstone. De uitspraak ziet op de grondslag van vakantieloon onder de loongarantieregeling. Desondanks zou de uitleg van de CRvB tevens relevant zijn voor de uitleg van het vakantieloon onder civiel recht.

36 Zie S.S.M. Peters in haar annotatie bij HvJ EU 15 september 2011, *TRA* 2012/10: ‘Het gaat bij deze “persoonlijke en professionele status” bijvoorbeeld om premies en toelagen die werknemers ontvangen voor de uitoefening van een leidinggevende functie, hun anciënniteit en hun beroepskwalificaties’.

37 Hof ‘s-Hertogenbosch 7 december 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:5419.

38 Ktr. Utrecht 10 oktober 2008, ECLI:NL:RBUTR:2007:BC3999.

39 Een verschuivingsvergoeding wordt betaald indien een al vastgesteld rooster nog aangepast wordt.

40 CRvB 29 mei 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:1753.

Noord-Nederland sluit de kantonrechter aan bij de periode van drie jaar die partijen in de onderhandelingen als referentieperiode hanteerden voor de berekening van de beëindigingsvergoeding.⁴¹ De Rechtbank Noord-Holland volgt de werknemer en hanteert een referentieperiode van vier jaar voor de berekening van de gemiddelde *short term incentive*.⁴² Een referentieperiode van zes jaar is de uitkomst van de kantonrechter te Amsterdam voor het berekenen van de gemiddelde bonus.⁴³ De gehanteerde referentieperiode in de zaak over de *job bonus* wordt niet duidelijk uit de beschikking.⁴⁴ De Rechtbank Midden-Nederland komt tot een referentieperiode van vijf jaar.⁴⁵

Een duidelijke lijn ontbreekt aldus in de jurisprudentie. Rechter zien een referentieperiode van drie tot zes jaar als redelijk. Het zou mijns inziens aanbeveling verdienen meer uniformiteit te brengen in de referentieperiode die geldt voor bonussen, ter versteviging van de rechtszekerheid voor partijen voor een correcte berekening van de waarde van een vakantiedag. Mijn suggestie zou zijn dat rechters aansluiting zoeken bij de termijn van drie jaar, die ook als referentieperiode geldt voor de variabele beloning als onderdeel van het loon in de berekening van de transitievergoeding.⁴⁶

3.8 Wat is de waarde van atv-, LFB- en PBL-uren?

De Hoge Raad bevestigde met zijn arrest uit 2009 dat atv-dagen niet gelijk te stellen zijn met vakantiedagen. De waarde van een atv-dag is daarmee afhankelijk van hetgeen partijen onderling overeenkomen en kan ook nihil zijn.⁴⁷ Ook compensatie-uren zijn niet gelijk te stellen met vakantiedagen, aldus de Rechtbank Noord-Nederland.⁴⁸

Geldt dit ook voor overige 'aanverwante' vrije uren die worden toegekend aan werknemers, al dan niet vastgelegd in een cao? Gedacht kan worden aan levensfasebudget- (LFB) en/of persoonlijk budget levensfase- (PBL) uren. De rechtspraak laat tot op heden geen eenduidig beeld zien als antwoord op deze vraag. Het Gerechtshof Den Haag concludeert dat de LFB-uren uit de cao GGZ niet gelijk te stellen zijn met vakantiedagen en dus niet dienstovereenkomstig beloofd hoeven te worden. Kern van de uitspraak is dat volgens het hof 'het verlof in de regeling van de LFB-uren niet gericht [is] op het herstellen van de werkbelasting'.⁴⁹ De vaststelling van de waarde van LFB-

uren wordt aan partijen overgelaten. Een maand eerder oordeelde de Rechtbank Zeeland-West-Brabant echter dat 'er onvoldoende aanleiding [bestaat] onderscheid te maken tussen vakantieverlof en verlof met LFB-uren. Aan beide verlofvarianten is onmiskenbaar een recuperatie functie [sic] toe te kennen'.⁵⁰ De onregelmatigheidstoelage behoort daarmee tot de waarde van LFB-uren (en feestdagen). Dit is een geheel tegengesteld oordeel aan dat van het Gerechtshof Den Haag.

De onderbouwing van het hof overtuigt mijns inziens niet. Het hof hecht veel belang aan de 'recuperatiefunctie' van het opnemen van vakantiedagen en verwijst daarvoor onder meer naar de wetsgeschiedenis van artikel 7:640a BW.⁵¹ De wetgever verwoordt in de wetsgeschiedenis echter duidelijk dat de recuperatiefunctie met name ziet op de *minimumaanspraak* op vakantiedagen van vier weken.⁵² Het hof beschouwt de 'recuperatiefunctie' vervolgens als belangrijkste doel voor *alle* vakantiedagen. Dit is mijns inziens onjuist, nu dat doel door de wetgever met name lijkt te zijn voorbehouden voor het wettelijk minimum aantal vakantiedagen. Zouden LFB-/PBL-uren niet gelijkgesteld kunnen worden met bovenwettelijke vakantiedagen? Beide vormen van verlof kunnen bijvoorbeeld afgekocht worden gedurende het dienstverband, dienen niet inherent ter recuperatie van de werknemer en kennen de mogelijkheid tot oppotten. Indien LFB-/PBL-uren dan een geringere waarde zouden vertegenwoordigen dan een vakantiedag, zou dat de werknemer kunnen beperken in de keuze deze dagen op te nemen. De werknemer krijgt immers minder loon uitbetaald dan tijdens gewerkte uren. Steun voor de gedachte dat LFB-/PBL-uren gelijk gewaardeerd zouden kunnen worden aan vakantiedagen, kan gevonden worden in de brief van de ministers van Justitie en Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 23 juni 1997:

*'In beginsel gelden derhalve voor dit type verlofregelingen de voorwaarden die in de desbetreffende regeling worden opgenomen. Voor zover deze geen duidelijkheid schept zal in voorkomende gevallen de rechter een oplossing moeten bieden aan de hand van een redelijke uitleg van de regeling. Eventueel kan de BW-regeling inzake vakantie rechten daarbij een aanvullende bron van inspiratie vormen.'*⁵³

Bij gebreke van een wettelijke regeling of duidelijke partijafspraken zou een uitleg analoog aan vakantiedagen mijns inziens goed mogelijk zijn.⁵⁴

41 Rb. Noord-Nederland 28 februari 2017, AR 2017-0235.

42 Hof 's-Hertogenbosch 7 december 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:5419.

43 Ktr. Amsterdam 29 juni 2012, «JAR» 2012/195.

44 Rb. Noord-Holland 13 oktober 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:9871.

45 Rb. Midden-Nederland 25 april 2016, ECLI:NL:RBMNE:2016:1888. In deze zaak stond niet ter discussie of de bonus meetelde voor de waarde van een vakantiedag, nu dit door beide partijen werd onderkend.

46 Besluit loonbegrip vergoeding aanzegtermijn en transitievergoeding, Stb. 2014, 538. Zie Ktr. Utrecht 10 oktober 2007, ECLI:NL:RBUTR:2007:BC3999, waarin voor het bepalen van een referentieperiode voor verdiende commissies werd overwogen dat deze 'zo dicht mogelijk tegen het einde van het dienstverband behoort te liggen' en sloot niet aan bij de regels omtrent de kantonrechttersformule.

47 HR 2 oktober 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI9633.

48 Rb. Noord-Nederland 12 december 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:4727.

49 Hof Den Haag 19 december 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:3563, r.o. 10.

50 Rb. Zeeland-West-Brabant 29 november 2017, ECLI:NL:RBZWB:2017:7795, r.o. 4.14.1. Dezelfde rechtbank kwam tot eenzelfde oordeel voor wat betreft PBL-uren uit de cao Gehandicaptenzorg, ECLI:NL:RBZWB:2017:3428. Ook de Rb. Noord-Nederland 15 augustus 2017 (niet gepubliceerd) oordeelde dat PBL-uren uit de cao Ziekenhuizen gelijkgesteld moeten worden aan vakantiedagen.

51 Hof Den Haag 19 december 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:3563, r.o. 8.

52 *Kamerstukken II* 2009/10, 32465, 3, p. 5 e.v.

53 *Kamerstukken II* 1996/97, 25426, 1, p. 17 (zie ook A-G Timmerman in zijn conclusie van 2 oktober 2009, ECLI:NL:PHR:2009:BI9633).

54 Zie anders: A.M. Helstone in haar annotatie bij CrvB 22 november 2017, «JAR» 2018/70.

3.9 Wat is de waarde van een vakantiedag van een ‘slaper’? Een ‘slaper’ is een werknemer die nog in dienst is bij de werkgever, maar geen loon meer ontvangt. Een bekend voorbeeld is de zieke werknemer waarvan de periode van 104 weken loondoorbetalingsverplichting van de werkgever is geëindigd. De werkgever beëindigt het dienstverband niet, al dan niet vanwege het ‘ontlopen’ van de transitievergoeding.⁵⁵ Een ‘slaper’ bouwt geen vakantiedagen meer op, omdat geen recht bestaat op loon.⁵⁶ Een ‘slaper’ heeft recht op honderd procent loon over vakantiedagen opgebouwd tijdens arbeidsongeschiktheid, ook als de werknemer zeventig procent loon ontvangt gedurende ziekte.⁵⁷ Een ‘slaper’ kan dus in een periode waarin geen recht meer bestaat op loon, vakantie opnemen en heeft dan recht op honderd procent loondoorbetaling.

4. Conclusie

Wat is de waarde van een vakantiedag? Uit de onderzochte rechtspraak volgt dat de waarde van een vakantiedag de optelsom is van: basissalaris + vakantietoeslag, vaste dertiende maand, vaste eindejaarsuitkering, winstdeling, bonus, provisies, persoonlijke toeslagen en werkgeversdeel pensioenpremie. Slechts bijkomende of occasionele/incidentele kosten behoren niet tot het vakantieloon, zoals onkosten- of reiskostenvergoedingen. Een werknemer maakt namelijk geen (werkgerelateerde) on- of reiskosten tijdens vakantie en de vergoedingen houden geen verband met de persoonlijke of professionele status van de werknemer. Ook een *incidentele* verschuivingsvergoeding of overwerkvergoeding behoort niet tot het vakantieloon. Tot op heden behoort de (waarde van) een leaseauto, die ook privé gebruikt mag worden, niet tot het vakantieloon; een autovergoeding daarentegen wel. Het is mijns inziens de vraag

of dit onderscheid in de jurisprudentie in lijn is met de overige jurisprudentie over het vakantieloon. Mijns inziens zou een leaseauto, die ook privé gebruikt mag worden, tot de waarde van een vakantiedag behoren.

De waarde van een vakantiedag is de optelsom van basissalaris + vakantietoeslag, vaste dertiende maand, eindejaarsuitkering, winstdeling, bonus, provisies, persoonlijke toeslagen en werkgeversdeel pensioenpremie

Verder is inmiddels duidelijk dat het een werkgever niet is toegestaan onderscheid te maken in de waarde van wettelijke en bovenwettelijke vakantiedagen. Een atv-dag daarentegen mag wel anders gewaardeerd worden. Er bestaat onduidelijkheid binnen de rechtspraak in hoeverre partijen vrij zijn afspraken te maken over de waarde van LFB-/PLB-uren. Interessant is om te bezien welke lijn uiteindelijk gevolgd zal worden, die van het Hof van Justitie of van de lagere rechtspraak. De waarde van een vakantiedag lijkt daarmee nog niet te zijn uitgekristalliseerd en zal vermoedelijk nog tot de nodige procedures leiden.

Over de auteur



Mr. M. Hurks

Advocaat bij Höcker Advocaten te Amsterdam.

⁵⁵ Zie hierover: G.A. Diebels, ‘Drie aspecten van het slapende dienstverband’, *Arbeidsrecht* 2017/45 en M.L.G. Otto, ‘Slapend dienstverband of slapende werknemers: goed werkgeverschap als doorbraak van de impasse?’, *TRA* 2016/93.

⁵⁶ Zie art. 7:634 BW en Ktr. Roermond 11 april 2017. Zie anders: W.H.A.C.M. Bouwens, ‘Vakantie en ziekte’, *AA* 2012-0385. Bouwens meent dat op grond van art. 7 Arbeidstijdenrichtlijn enkel het bezit van de hoedanigheid van ‘werknemer’ een aanspraak oplevert op het verwerven van vakantiedagen.

⁵⁷ Rb. Noord-Holland 18 januari 2018, «JAR» 2018/81.